

Sygn. akt: KIO 1941/19

WYROK

z dnia 16 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawcę **S&T Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom**

przy udziale wykonawcy **Symmetry Sp. z o.o., ul. Zygmunta Vogla 8, 02-963 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w złożonych przez tego wykonawcę dokumentach,**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
- 3. kosztami postępowania obciąża Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

3.2. zasądza od **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom** na rzecz **S&T Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Centrum Informatyki Resortu Finansów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę infrastruktury sieciowej w CIRF w celu zwiększenia wydajności i zapewnienia obsługi nowych systemów biznesowych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 maja 2019 r. Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 103-249122.

W dniu 30 września 2019 r. wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Symmetry Sp. z o.o. (dalej: „Symmetry”),
2. zaniechania odtajnienia i udostępnienia części dokumentacji postępowania wnioskowanej przez Odwołującego,
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry,
4. zaniechania wykluczenia wykonawcy Symmetry,
5. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie dotyczącym urządzenia Firewall i jego możliwości wprowadzenia wymaganej minimalnej liczby polityk w wysokości 200 000 sztuk, tj. wymagania określonego w Załączniku nr 1 do Umowy stanowiącego Załącznik nr C do SIWZ „Szczegółowy Wykaz Sprzętu”; [Zarzut #1]
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie dotyczącym urządzenia Firewall, które nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie posiadania konektora umożliwiającego integrację z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem Cisco ACI, tj. wymaganiem wskazanym w odpowiedzi Zamawiającego na

pytanie nr 23 z dnia 12 czerwca 2019 r.; [Zarzut #2]

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tzn. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy; [Zarzut #3]

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie wezwania wykonawcy Symmetry do zastąpienia podmiotu, na którego zdolnościach technicznych oraz zdolnościach zawodowych ten wykonawca polega, pomimo, że wykonawca Symmetry nie zastosował się do wcześniejszego wezwania dokonanego na podstawie 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie:

5. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Symmetry, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rodz. XVII pkt 2 ppkt 3 lit. a i lit b SIWZ, co oznacza prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; [Zarzut #4]

6. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Symmetry, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia tego podmiotu, bowiem nie złożył dokumentu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 17 lipca 2019 r., co oznacza prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Symmetry z postępowania, pomimo tego, że występują przesłanki do jego wykluczenia; [Zarzut #5] ewentualnie naruszenie

7. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Symmetry do złożenia dokumentu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia z dnia 17 lipca 2019 r. wykonawca 25 lipca 2019 r. złożył dokumenty niekompletne; [Zarzut #5]

8. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Symmetry, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rodz. XVII pkt 2 ppkt 3 lit. a i lit b SIWZ, w szczególności z tego względu, że nie wykazał, że na dzień składania oferty dysponował zasobami podmiotu trzeciego; [Zarzut #5]

9. art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentacji postępowania we wnioskowanym przez Odwołującego zakresie pomimo, że zastrzeżone informacje i dokumenty nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co stanowi naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; [Zarzut #6]

I. Niezgodność treści oferty wykonawcy Symmetry z treścią SIWZ [Zarzut #1, Zarzut #2, Zarzut #3]

1.1. [Urządzenie Firewall typ 1-2 szt.]

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią ust. 1 Rozdziału I SIWZ, oferowane przez wykonawców urządzenia Firewall muszą spełniać wymogi określone w Załączniku 1 ust. 1 do Wzoru Umowy. Jednym z wymogów dla tych urządzeń jest możliwość wprowadzania polityk w liczbie 200 000 szt.

Jak wynika z informacji ujawnionych na stronie producenta Huawei, oferowane przez Symmetry urządzenie Huawei USG9560 posiada możliwość skonfigurowania tylko 100 000 polityk.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 5 września 2019 r., Zamawiający, powołując się na informacje ujawnione na stronie internetowej Huawei, wezwał Symmetry do wyjaśnień w powyższym zakresie, wyznaczając przy tym nieprzekraczalny termin na udzielenie wyjaśnień na dzień 9 września 2019 r. Wykonawca Symmetry udzielił wyjaśnień pismem z dnia 11 września 2019 r., co oznacza, jak zauważył Odwołujący, że nieprzekraczalny termin nie został dotrzymany, a co za tym idzie, Zamawiający nie powinien brać wyjaśnień pod uwagę.

Jak wskazał Odwołujący, wykonawca Symmetry wskazał w powyższym piśmie, że podana na stronie producenta maksymalna ilość polityk w ilości 100 000 dotyczy nieaktualnej wersji oprogramowania firmware. Wykonawca ten stwierdził również, że został zainstalowany firmware (wersja oprogramowania), która spełnia wymóg 200 000 obsługiwanych polityk. Odwołujący stwierdził, że nie zostało wskazane, która wersja oprogramowania obsługuje 200 000 polityk. Na oficjalnej stronie internetowej producenta również nie ma informacji dotyczącej firmware, który posiada taką możliwość. Co więcej, jak zauważył Odwołujący, w dokumentach na stronie producenta dotyczących nowych wersji oprogramowania (tzw. Release Notes) nie ma żadnej informacji świadczącej o możliwości zwiększenia wydajności urządzenia.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na ogólnikowe stwierdzenia Symmetry, niepoparte

żadnymi dowodami, ani szczegółowymi informacjami, wyjaśnienia powinny zostać uznane za niewystarczające dla potwierdzenia zgodności zaoferowanych urządzeń z wymogami Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w doktrynie wskazuje się, że nieudzielanie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty powoduje, że zamawiający podejmuje decyzję na podstawie wiedzy, jaką dysponuje, bez wyjaśnień wykonawcy. Natomiast zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że sam fakt, iż Zamawiający wziął pod uwagę i uznał za wystarczające wyjaśnienia złożone po terminie, który został określony przez Zamawiającego jako nieprzekraczalny, stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący podał, że Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących dopuszczalnej liczby polityk również do producenta Huawei pismem z dnia 5 września 2019 r. W odpowiedzi, Huawei przedstawiło dokument pn. „Raport z testów Huawei Firewall” w którym, zdaniem producenta, wykazano, że zaproponowane urządzenie posiada możliwość skonfigurowania co najmniej 200 000 polityk. W ocenie Odwołującego, raport ten nie może zostać uznany za miarodajny dowód na zgodność oferowanego urządzenia z wymogami Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że screeny przedstawiające konfiguracje są nieczytelne, co uniemożliwia ich analizę i weryfikację. W dalszej kolejności, brakuje opisu wyposażenia testowanego urządzenia oraz wersji testowanego oprogramowania. Ponadto, jak podkreślił Odwołujący, nie została ujawniona całkowita konfiguracja urządzenia, co uniemożliwia weryfikację czy w konfiguracji urządzenia faktycznie znajduje się 200 000 polityk. Odwołujący zwrócił uwagę, że z raportu nie wynika również czy wymuszano działanie urządzenia z taką ilością polityk. Zdaniem Odwołującego, nie było zatem możliwe dokonanie weryfikacji treści oferty na podstawie przedstawionych testów również przez Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że wykonawca Symmetry, nie wykazał, że zaoferowane urządzenia są zgodne z wymogami określonymi w Załączniku nr 1, a co za tym idzie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

1.2. [Środowisko sieciowe]

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi z dnia 12 czerwca 2019 r. na pytanie nr 23 do SIWZ, które dotyczyło tego, czy Zamawiający będzie wymagał integracji z posiadanym środowiskiem sieciowym SDN, a jeśli tak, to na jakim poziomie, wskazał, że „Zamawiający oczekuje integracji z posiadanym środowiskiem Cisco ACI za pomocą

konektora wyprodukowanego przez producenta oferowanego firewalla”. Powyższe oznacza, w opinii Odwołującego, jednoznacznie, że oferowane urządzenie musi posiadać konektor umożliwiający integrację z posiadany przez Zamawiającego środowiskiem Cisco ACI.

Odwołujący wyjaśnił, że konektor jest oprogramowaniem, które jest tworzone przez producenta zapór sieciowych oraz Cisco. Dodatkowo oprogramowanie przechodzi testy, które są przeprowadzane przez Cisco i po pozytywnym wyniku informacja jest publikowana na stronie Cisco.

Odwołujący stwierdził, że nie ma możliwości zapewnienia wymaganej przez Zamawiającego integracji oferowanego przez Symmetry firewalla ze środowiskiem Cisco wskazanym przez Zamawiającego. Jak wskazał Odwołujący, lista producentów, którzy posiadają takie rozwiązania została opublikowana przez Cisco na stronie <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/data-center-virtualization/application-centric-infrastructure/solution-overview-c22-734587.html>. Odwołujący zaznaczył, że na powyższej liście nie ma rozwiązań producenta Huawei, co oznacza, że oferowane urządzenie nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi integralną część SIWZ i ocena ofert wykonawców powinna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian SIWZ dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie może uznać, że niektóre wymagania zawarte w SIWZ nie są istotne, gdyż byłoby to sprzeczne z naczelną zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uznał, że oferta wykonawcy Symmetry winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

1.3. [Nierówne traktowanie i uczciwa konkurencja]

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, który uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy Symmetry złożone po upływie nieprzekraczalnego terminu i nie odrzucił jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo tego, że zaoferowane przez wykonawcę urządzenia nie spełniają wymogów technicznych określonych w SIWZ oraz wiążących wykonawcę odpowiedziami Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2019 r., dopuścił się nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że zasada równego traktowania wykonawców zakazuje Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców i gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do zamówienia.

II. Brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia [Zarzut #4, Zarzut #5]

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem umożliwił wykonawcy Symmetry zmianę podmiotu udostępniającego zasoby, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także umożliwił mu ponowne uzupełnianie dokumentów. Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego pokazuje specjalne traktowanie, a wręcz faworyzowanie jednego wykonawcy, pomimo, że wykonawca Symmetry nie wykazał się należyłą starannością w dostarczeniu dokumentów, których złożenia wprost zażądał Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Symmetry w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu załączył do oferty „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” firmy S4E S.A., które zostało podpisane (uwierzytelnione) przez A. M., czyli osobę upoważnioną. W związku z tym, Zamawiający wezwał wykonawcę Symmetry w tym zakresie na podstawie 26 ust. 3a ustawy Pzp do złożenia pełnomocnictwa podwykonawcy S4E S.A. w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu z wyraźnym zastrzeżeniem, że „kopia pełnomocnictwa nie może być uwierzytelniona przez upoważnionego”. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył kopię pełnomocnictwa uwierzytelnioną przez upoważnionego, co oznacza, że nie zastosował się do wezwania Zamawiającego dokonanego na podstawie 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie dochował należytej staranności i nie skorzystał z możliwości uzupełnienia brakujących dokumentów. Co więcej pomimo, wyraźnych wytycznych Zamawiającego zawartych w treści wezwania, postąpił w sposób zupełnie z nimi sprzeczny. Zamawiający jednak, pomimo, iż działanie wykonawcy Symmetry było wprost niezgodne z treścią wezwania, dokonał ponownego wezwania wykonawcy Symmetry, tym razem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zamiast dokonać wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający w ten sposób umożliwił wykonawcy Symmetry zastąpienie podmiotu (S4E S.A.), na którego zdolnościach technicznych oraz zdolnościach zawodowych polega, co oznacza jednocześnie umożliwienie temu wykonawcy ponownie wykazanie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego ewidentnie wskazuje na faworyzowanie wykonawcy Symmetry.

Odwołujący podniósł, że nawet w przypadku uznania, że wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp było zasadne, to nie zmienia to faktu, że wykonawca Symmetry po raz kolejny nie zastosował się do wezwania

Zamawiającego i nie złożył wszystkich dokumentów, których złożenia wprost żądał Zamawiający. Odwołujący podał, że wykonawca Symmetry w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 lipca 2019 r. złożył jedynie oświadczenie o udostępnieniu zasobów, pełnomocnictwo do udostępnienia zasobów oraz odpis z KRS udostępniającego. W spisie załączników nie ma natomiast dokumentu JEDZ podmiotu, na zasoby którego wykonawca Symmetry się powołuje. Zamawiający natomiast w treści wezwania z dnia 16 lipca 2019 r. wyraźnie wskazał, że „musicie Państwo złożyć oświadczenie Jedz dotyczące innych podmiotów, na zasoby, których się powołujecie (...) oraz zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (...)”. Odwołujący zaznaczył, że zarzut ten został sformułowany przy założeniu, że ten dokument faktycznie nie został załączony do pisma wykonawcy Symmetry z dnia 25 lipca 2019 r., bowiem nie ma go w spisie załączników oraz wynika z faktu, że Odwołujący nie otrzymał od Zamawiającego dokumentu JEDZ podmiotu na zasoby, którego wykonawca Symmetry się powołuje.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Symmetry ponownie nie dochował należytej staranności i nie zastosował się do wezwania Zamawiającego składając niekompletne dokumenty. Pomimo tego, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający zamiast dokonać wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zaakceptował treść dokumentów złożonych dnia 25 lipca 2019 r. i wezwał tego wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich. Nadal obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania na podstawie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający natomiast stosował kilkukrotne wezwania w stosunku do wykonawcy Symmetry pomimo, że wykonawca ten sposób oczywisty wykazywał brak profesjonalizmu i należytej staranności w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.

Z ostrożności Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający ewentualnie powinien był wezwać wykonawcę Symmetry na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby. W przeciwnym wypadku czynności Zamawiającego naruszają w sposób oczywisty zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, który powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził ponadto, że nawet gdyby poszczególne wezwania Zamawiającego były uzasadnione, a dokonane uzupełnienia były skuteczne, to i tak wykonawca Symmetry nie wykazał, że dysponował zasobami udostępnionymi przez nowy

podmiot (XY) w dniu składania oferty. Oznacza to, że na ten dzień wykonawca Symmetry nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż uzyskanie przez wykonawcę dostępu do zasobów niezbędnych dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu musi nastąpić przed terminem składania ofert. W przeciwnym bowiem razie oferta składana jest przez podmiot, który warunków takich nie spełnia. Ewentualne uzupełnienie dokumentów musi więc zmierzać do wykazania, że warunki spełnione były już w terminie składania oferty. Odwołujący podał, że jest to stanowisko zbieżne z Opinią Rzecznika Generalnego M.B. przedstawioną w dniu 24 listopada 2016 r., sprawa C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, który stwierdził, że: „co do zasady nie można zezwalać oferentowi na wykazanie, że spełnia on wymogi techniczne i zawodowe zamówienia w drodze powołania się na doświadczenie osób trzecich, które nie zostało wskazane przed upływem terminu składania ofert. Informacje te po prostu nie znalazły się w obrębie pierwotnego obrazu. W związku z powyższym powoływanie się na inny podmiot w wyżej opisany sposób nie stanowi jedynie wyjaśnienia lub formalności. Jest to faktycznie znacząca zmiana oferty. Tym sposobem ulega zmianie sama tożsamość podmiotów realizujących prace, a przynajmniej tożsamość podmiotu, na którego doświadczeniu się polega. Jest to istotna zmiana mająca wpływ na kluczowy element postępowania. Co więcej, jak wskazała Komisja, zmiana taka może prowadzić do zażądania przez instytucję zamawiającą dalszej weryfikacji, a nawet może mieć wpływ na wybór kandydatów zaproszonych do złożenia oferty. Ujmując rzecz w bardziej ogólny sposób: dopuszczenie takich zmian może z pewnością mieć wpływ na mechanizm konkurencji. Decyzja oferenta, czy polegać na własnym doświadczeniu, czy też powołać się na doświadczenie innego podmiotu, musi zostać podjęta w określonym momencie na podstawie posiadanych w tym czasie przez niego informacji. Danie oferentowi drugiej szansy podjęcia takiej decyzji gospodarczej po upływie pewnego czasu z pewnością może przysporzyć mu przewagi, która kłóci się z wymogiem równego traktowania. Na przykład wiedza o liczbie lub tożsamości konkurentów startujących w przetargu albo spowolnienie na rynku mogą stanowić dla oferenta zachętę do poszukiwania partnera z większym doświadczeniem w celu zwiększenia swoich szans”.

III. Brak odtajnienia i udostępnienia dokumentacji postępowania [Zarzut #6]

Odwołujący stwierdził, że w celu weryfikacji prawidłowości czynności badania i oceny oferty oraz oceny co do braku podstaw wykluczenia wykonawcy Symmetry dokonanej przez Zamawiającego złożył dnia 23 września 2019 r. oraz dnia 26 września 2019 r. wnioski o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym wezwań, wyjaśnień, uzupełnień wykonawcy Symmetry składanych w ramach postępowania. W odpowiedzi Zamawiający dnia 25 września 2019 r. i 27 września 2019 r. udostępnił tylko część dokumentacji

postępowania, w związku z objęciem przez wykonawcę Symmetry tajemnicą przedsiębiorstwa całości dokumentacji w zakresie dokumentów dotyczących udostępnienia zasobów złożonych wraz z pismem dnia 25 lipca 2019 r. oraz pismem z dnia 14 sierpnia 2019 r.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2019 r., dokonał on analizy informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę Symmetry oraz podwykonawcę XY i dokonał odtajnienia części z tych dokumentów „w celu umożliwienia innym wykonawcom możliwości zapoznania się z dokumentami złożonymi dnia 26.07.2019 r.”. Dodatkowo, Zamawiający wskazał zakres odtajnianych dokumentów. Odwołującemu nie została jednak udostępniona dokumentacja w tym zakresie (także zakres/spis odtajnionych dokumentów), pomimo dwukrotnego złożenia wniosku przez Odwołującego. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę Symmetry jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym załączniki do pisma z dnia 25 lipca 2019 r. oraz załączniki do pisma z dnia 14 sierpnia 2019 r. powinny zostać odtajnione i udostępnione przez Zamawiającego, bowiem informacje znajdujące się w tych dokumentach nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaznaczył, że sam fakt poinformowania Zamawiającego o zastrzeżeniu całości składanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie oznacza, że treść każdego z zastrzeżonych dokumentów spełnia przesłanki do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający jest zobowiązany do szczegółowej i wnikliwej analizy zastrzeżonych informacji i dokumentów, tj. powinien zbadać skuteczność dokonanego przez wykonawcę Symmetry zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania zastrzeżonych informacji i dokumentów. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z ugruntowanym już w tym zakresie orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w każdym przypadku zamawiający winien indywidualnie badać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. Oznacza to, że ocena tego czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przeanalizował w sposób należyty zakresu zastrzeżonych informacji przez wykonawcę

Symmetry, niektóre bowiem z zastrzeżonych przez wykonawcę Symmetry informacji i dokumentów ewidentnie nie spełniają przesłanek objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, w żadnym wypadku nie można uznać za prawidłowo zastrzeżony „odpis z KRS udostępniającego” oraz „KRK dla podmiotu udostępniającego oraz wykonawcy”, które są dokumentami ogólnodostępnymi. Również „Pełnomocnictwo do udostępnienia zasobów” jest dokumentem, które nie zawiera danych mających charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Tym bardziej, w opinii Odwołującego, nie można uznać, że dane zawarte w pełnomocnictwie są danymi nieujawnionymi do wiadomości publicznej, skoro nazwy wykonawców oraz osoby uprawnione do reprezentacji są dostępne w powszechnych bazach danych - Krajowym Rejestrze Sądowym. Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika także, że sama treść oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez konkretny podmiot nie zawiera informacji o charakterze technicznym, technologicznym, przedstawiających określone know-how danego wykonawcy, a jedynie nazwy, dane wykonawców i osób upoważnionych do reprezentacji oraz zakres w jakim dany wykonawca udostępnia swoje zasoby.

Zdaniem Odwołującego, także zastrzeżenie treści wszystkich załączników składanych wraz z pismem z dnia 14 sierpnia 2019 r., w tym również wykazu usług, wykazu osób, referencji, nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że informacje o wykonanych usługach to informacje powszechnie dostępne. Standardem jest bowiem, że wykonawcy biorąc udział w postępowaniach chwalą się wykonanymi zleceniami w celu potwierdzenia swojej wiarygodności i pozyskania klientów. W przekonaniu Odwołującego, na utajnienie nie zasługują również referencje („dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie”) potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „W ocenie Izby, bezskutecznie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa referencje (...). Referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone zadanie. Tym samym już z definicji referencji wynika, że są one kierowane do wszystkich podmiotów, które mogą być zainteresowane poznaniem ich treści. (...) Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Zawierają ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób więc uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego” (wyrok Izby z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14).

Podobnie, w ocenie Odwołującego, dokument w postaci „wykazu osób”,

skierowanych do realizacji zamówienia nie zawiera informacji, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, że w dobie Internetu i powszechnego dostępu do informacji ustalenie pracowników wykonawców nie stanowi problemu. Portale typu linkedin.com ułatwiają to zadanie, gdyż pracownicy poszczególnych firm sami tworzą swoje profile udostępniając informacje o posiadanym doświadczeniu, umiejętnościach, zdobytych certyfikatach czy wykonanych projektach. Informacje te jako powszechnie dostępne nie spełniają zatem przesłanki pozwalającej na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zauważył, że stanowisko to znalazło potwierdzenie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która we wspomnianym wyżej wyroku uznała, że „nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące wykaz osób, które będą realizowały zamówienie, przedstawiony na stronach 76-82 oferty Przystępującego. (...) Ponownie, poza ogólnymi sformułowaniami w treści wyjaśnień, brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność zawarcia umów z poszczególnymi pracownikami. Stwierdzenie Przystępującego o „podkupowaniu pracowników”, również nie zostało w żaden sposób wykazane. Takie stwierdzenie można odnieść do każdej branży i każdego postępowania przetargowego. Zmiana pracodawcy w wyniku inicjatywy pracownika jest elementem normalnej gry rynkowej, a Przystępujący nie wykazał, aby w tym konkretnym postępowaniu przysługujące każdemu pracownikowi prawo do rozwiązania umowy o pracę prowadziło do naruszenia praw Przystępującego. (...) Także w odniesieniu do wykazu osób, które realizowały będą zamówienie, nie została wykazana żadna z przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, pozwala na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Dodatkowo, Odwołujący zaznaczył, że uzasadnienie zastrzeżenia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Symmetry wskazał jedynie, że „Uzasadnienie utajnienia złożone uprzednio pozostaje aktualne na potrzeby niniejszych dokumentów”, tj. uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 25 lipca 2019 r., które to uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera także jedynie przywołanie przepisów, orzecznictwa oraz odnosi się ogólnie do całości zastrzeżonej dokumentacji składanej wraz z pismem z dnia 25 lipca 2019 r. Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie odniósł się konkretnie do poszczególnych dokumentów w celu wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym nie wskazał, jakie dokładnie podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawca Symmetry nie wykazał, że

zastrzeżone informacje i dokumenty spełniają podstawowe przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że utajnienie i brak udostępnienia wyżej wymienionych dokumentów całkowicie uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny dokumentów złożonych przez wykonawcę Symmetry dokonanej przez Zamawiającego. Jak zauważył Odwołujący, wgląd w treść tych dokumentów stanowi jedyny sposób umożliwiający innym uczestnikom postępowania weryfikację czy wykonawca Symmetry spełnia warunki udziału w postępowaniu i czy ocena Zamawiającego w tym zakresie jest prawidłowa. Ma to tym większe znaczenie, jak wskazał Odwołujący, że jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca Symmetry złożył dwukrotnie pełnomocnictwo w wadliwej formie.

Odwołujący stwierdził, że zaniechania Zamawiającego niewątpliwie naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażają na szkodę w postaci utraty zamówienia. Takie działanie Zamawiającego jest także sprzeczne z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, tj. zasadą jawności postępowania oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Symmetry nie posiada podstaw ani prawnych ani merytorycznych, i w ocenie Odwołującego, zostało ono dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu innym wykonawcom, bowiem Odwołujący przede wszystkim nie miał możliwości zapoznania się z dokumentami dotyczącymi spełnienia warunków udziału przez wykonawcę Symmetry, a zatem weryfikacji ich prawidłowości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Symmetry jako najkorzystniejszej;
2. dokonanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania, w szczególności całej korespondencji Zamawiającego z wykonawcą Symmetry (wezwań, wyjaśnień, uzupełnień) w zakresie, w którym informacje i dokumenty w niej zawarte nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty wykonawcy Symmetry na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
5. wykluczenie z postępowania wykonawcy Symmetry na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ewentualnie wezwanie wykonawcy Symmetry na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia kompletu dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego

zasoby, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia,

6. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł też o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Symmetry.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym urządzenia Firewall i jego możliwości wprowadzenia wymaganej minimalnej liczby polityk w wysokości 200 000 sztuk. Izba stwierdziła, że zgodność oferty z treścią specyfikacji została wykazana przez wykonawcę Symmetry, który w oświadczeniu z dnia 11 września 2019 r. wyjaśnił, że informacja zawarta na stronie internetowej producenta dotyczy nieaktualnej wersji oprogramowania firmware. Wykonawca oświadczył, że w konfiguracji urządzeń USG 9560 zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu instalowany jest firmware, który spełnia wymóg 200 000 obsługiwanych polityk. Wykonawca Symmetry podał ponadto, że producent nieustannie pracuje nad

optymalizacją firmware i dokumenty handlowe zawierające jedynie ogólne informacje opisujące poszczególne modele urządzeń nie mogą służyć jako informacja wiążąca. Wykonawca zwrócił uwagę, że w treści ww. informacji ze strony producenta podano, że w celu uzyskania szczegółowych i wiążących informacji należy zwrócić się do przedstawiciela producenta. Wykonawca Symmetry oświadczył także w przedmiotowym piśmie, że przed złożeniem oferty skontaktował się z producentem celem weryfikacji i potwierdzenia zgodności konfiguracji oferowanego w ramach postępowania sprzętu i uzyskał informację, że oferowane urządzenia w określonej konfiguracji spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym obsługują 200 000 polityk. Ponadto, wykonawca Symmetry podał, że oferowana przez tego wykonawcę konfiguracja urządzeń USG 9560 z 4 kartami dwuprocessorowymi spełnia określone przez Zamawiającego wymaganie minimalnej przepustowości 30Gb/s w ruchu full duplex dla włączonej kontroli zawartości (w tym minimum antywirus, IPS oraz rozpoznawanie aplikacji).

Zgodność oferty wykonawcy Symmetry z treścią SIWZ w przedmiotowym zakresie została potwierdzona złożonymi na wniosek Zamawiającego oświadczeniami producenta Huawei z dnia 26 czerwca 2019 r. oraz 9 września 2019 r. Producent w piśmie z dnia 26 czerwca 2019 r. jednoznacznie potwierdził, że produkowany sprzęt w określonej konfiguracji posiada minimalnie 200 000 obsługiwanych polityk i przepustowość minimalną 30Gb/s w trybie inspekcji warstwy siódmej. Podobnie, w oświadczeniu z dnia 9 września 2019 r. producent Huawei stwierdził, że proponowany w ramach przedmiotowego postępowania sprzęt posiada minimalnie 200 000 obsługiwanych polityk i przepustowość minimalną 30Gb/s w trybie inspekcji warstwy siódmej. Producent wyjaśnił, że powstałe wątpliwości wynikające z faktu, że informacje zawarte na stronie producenta urządzeń są rozbieżne z oświadczeniem producenta z dnia 26 czerwca 2019 r. mogą powstać w wyniku braku doszczegółowienia rozwiązania. Producent zauważył, że takie zastrzeżenie jest zawarte w dokumentach ze stron producenta i zawiera prośbę o kontakt z przedstawicielami producenta w celu potwierdzenia zgodności. Huawei oświadczył, że oferowany Firewall posiada architekturę rozporoszoną, gdzie poszczególne funkcje i wydajności wynikają z zainstalowanej ilości modułów SPU oraz SPCB. Producent wyjaśnił, że w zaoferowanym rozwiązaniu do wyliczenia wydajności ochrony aplikacyjnej w warstwie siódmej należy wziąć pod uwagę ilość zawartych w ofercie kart typu SPCB-APPSEC-FW – każda z tych kart zawiera dwa procesory typu 7809, a jeden z nich zapewnia ochronę w trybie inspekcji warstwy siódmej na poziomie 4.6 Gb/s. Huawei podał, że ponieważ zaoferowano urządzenie zawierające 8 takich procesorów (4 karty) wydajność całkowita urządzenia to 36.8Gb/s w trybie inspekcji warstwy siódmej. Producent stwierdził ponadto, że dokument ze stron producenta dotyczy innej wersji oprogramowania niż została zaoferowana. Dodatkowo, na

poparcie powyższego, producent załączył wynik testów przeprowadzonych przez producenta, w których wykazano, że zaproponowane urządzenie posiada możliwość skonfigurowania co najmniej 200 000 polityk. Izba uznała, że powyższe dokumenty w sposób niezbity dowodzą, że zaoferowane przez wykonawcę Symmetry urządzenie Firewall spełnia wymóg możliwości wprowadzenia polityk w liczbie 200 000 szt. Wobec ww. oświadczeń producenta Izba stwierdziła, że o niezgodności oferty Symmetry z treścią SIWZ w przedmiotowym zakresie nie może stanowić złożona przez Odwołującego informacja ze strony internetowej producenta, jako że nie stanowi ona zindywidualizowanej oferty.

Na rozprawie Odwołujący podniósł także, że w oświadczeniu Huawei znajduje się deklaracja dotycząca pozycji 2 załącznika nr 1 do projektu umowy, nie dotyczy ona natomiast poz. 1, 3 i 4 tego załącznika. Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe, aby w sposób tak znaczący zwiększyć liczbę polityk bez zmiany innych parametrów. Izba stwierdziła, że przedmiotowe stanowisko stanowi rozszerzenie zarzutu ponad treść odwołania i jako takie nie może stanowić przedmiotu rozpoznania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Nie potwierdził się także zarzut nierównego traktowania wykonawców z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Symmetry w dniu 11 września 2019 r., tj. po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, że wykonawca Symmetry w dniu 5 września 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Zamawiający pismem z dnia 6 września 2019 r. wyraził zgodę na wydłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień do dnia 11 września 2019 r. Należy zatem uznać, że wyjaśnienia wykonawcy Symmetry z dnia 11 września 2019 r. zostały złożone w terminie.

Nie potwierdził się także zarzut niezgodności oferty wykonawcy Symmetry z treścią SIWZ w zakresie wymogu integracji ze środowiskiem sieciowym Zamawiającego. Jak ustalono w sprawie, w odpowiedzi na pytanie nr 23 do SIWZ z dnia 12 czerwca 2019 r. o treści: „Czy Zamawiający będzie wymagał integracji z posiadanym środowiskiem sieciowym SDN? Jeśli tak to na jakim poziomie?” Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „Zamawiający oczekuje integracji z posiadanym środowiskiem Cisco ACI za pomocą konektora wyprodukowanego przez producenta oferowanego firewalla.”. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania do treści SIWZ stanowią integralny element specyfikacji. Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 23 Zamawiający wprowadził zatem wymaganie, aby oferowane urządzenie posiadało konektor umożliwiający integrację z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem Cisco ACI. Izba stwierdziła jednak, że Odwołujący nie dowiódł, że wykonawca Symmetry nie spełni przedmiotowego wymagania. Odwołujący nie wykazał, że w celu zapewnienia integracji

oferowanego firewalla ze środowiskiem Cisco wskazanym przez Zamawiającego niezbędne jest wprowadzenie rozwiązania na listę opublikowaną przez Cisco. Pismo Cisco Systems Poland Sp. z o.o. złożone przez Odwołującego zawiera jedynie informację, że rozwiązanie Huawei nie jest wymienione na liście kompatybilności. Odwołujący nie wykazał jednak, że niemożliwe jest przeprowadzenie przez wykonawcę Symmetry integracji ze środowiskiem Cisco ACI.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przez dokonanie wezwania wykonawcy Symmetry do zastąpienia podmiotu, na którego zdolnościach technicznych oraz zdolnościach zawodowych ten wykonawca polega, pomimo że wykonawca Symmetry nie zastosował się do wcześniejszego wezwania dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 lipca 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 26 ust. 3a ustawy Pzp wezwał wykonawcę Symmetry do uzupełnienia i złożenia w formie dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym JEDZ podwykonawcy S4E S.A. w zakresie Części II Sekcja C i D oraz Części IV, a także do złożenia pełnomocnictwa podwykonawcy S4E S.A. w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu. Zamawiający zaznaczył, że kopia pełnomocnictwa nie może być uwierzytelniona przez upoważnionego.

Wykonawca Symmetry w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 4 lipca 2019 r. przekazał Zamawiającemu upoważnienie dla A. M. uwierzytelnione przez osobę umocowaną.

W dniu 16 lipca 2019 r. Zamawiający na podstawie art. 25 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Symmetry do zastąpienia podmiotu, na którego zdolnościach technicznych oraz zdolnościach zawodowych ww. wykonawca polega, innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązał wykonawcę Symmetry do złożenia w takim przypadku oświadczenia JEDZ dotyczącego innych podmiotów, na zasoby których wykonawca powołuje się w formie dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z podmiotów w zakresie, w jakim potwierdza okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub własne oświadczenie JEDZ w przypadku zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia. Zamawiający uzasadnił przedmiotowe wezwanie wskazując, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 lipca 2019 r. wykonawca Symmetry dostarczył

dokument pełnomocnictwa „uwierzytelniony podpisem elektronicznym przez Pana A. M., osobę upoważnioną”. Zamawiający stwierdził, że złożone pełnomocnictwo podmiotu trzeciego jest wadliwe, w związku z tym Zamawiający nie może uznać zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji zasobów w postaci zdolności technicznej oraz zdolności zawodowej.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Symmetry złożył Zamawiającemu w dniu 26 lipca 2019 r. JEDZ dla zmienionego podmiotu trzeciego, odpis z KRS dla podmiotu trzeciego, zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z pełnomocnictwem dla osoby, która podpisała zobowiązanie, oraz pismo z dnia 25 lipca 2019 r. zawierające uzasadnienie zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył reguły jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Izba miała na uwadze, że w skierowanym do wykonawcy Symmetry wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 2 lipca 2019 r. Zamawiający w sposób jednoznaczny, precyzyjny, nie budzący wątpliwości określił zakres wezwania, tj. rodzaj dokumentu, jakiego żądał, okoliczności, które powinny zostać wykazane, a nawet sposób, w jaki dokument powinien zostać złożony. W ww. wezwaniu Zamawiający nie dał wykonawcy możliwości wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w inny sposób, jak też nie zobowiązał wykonawcy do złożenia innych dokumentów w sytuacji, gdyby wykonawca nie mógł sprostać zakresowi wezwania. W wyniku powyższego, wobec nie sprostania przez wykonawcę Symmetry wymogowi Zamawiającego zawartemu w wezwaniu z dnia 2 lipca 2019 r. co do sposobu potwierdzenia złożonej kopii pełnomocnictwa, Zamawiający zobowiązany był do wezwania ww. wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co Zamawiający uczynił w wezwaniu z dnia 16 lipca 2019 r. Z uwagi na to, że zakres wezwań wystosowanych do wykonawcy Symmetry w dniach 2 i 16 lipca 2019 r. był ściśle określony i nie pokrywał się, Izba uznała, że twierdzenie Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego reguły jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie potwierdziło się.

Nie znalazło potwierdzenia także stanowisko Odwołującego, że wykonawca Symmetry w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lipca 2019 r. ponownie nie przekazał żądanych przez Zamawiającego dokumentów, bowiem nie złożył dokumentu JEDZ podmiotu, na zasoby którego wykonawca Symmetry się powołuje. Odwołujący oparł swoje stanowisko na okoliczności, że dokument ten nie został wymieniony w spisie załączników wskazanych w piśmie wykonawcy Symmetry z dnia 25 lipca 2019 r. Izba stwierdziła, że

pomimo nie wymienienia dokumentu JEDZ wśród załączników w piśmie wykonawcy Symmetry z dnia 25 lipca 2019 r., wykonawca ten załączył przedmiotowy dokument.

Za zasadny Izba uznała zarzut, że wykonawca Symmetry nie wykazał, że dysponował zasobami udostępnionymi przez nowy podmiot trzeci w dniu składania oferty. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie, że art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wprowadza regułę wstępnego potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania kryteriów selekcji, które następuje w oparciu o oświadczenie własne wykonawcy. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, a zatem każdy wykonawca składając ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest zobowiązany dołączyć do nich stosowne oświadczenia (jednolity dokument lub „zwykłe” oświadczenie). Wraz z ofertą lub wnioskiem na podstawie art. 25a ust. 3 ustawy Pzp wykonawca składa również stosowne oświadczenie w stosunku do podmiotów trzecich, o ile powołuje się na ich potencjał, w zakresie i formie określonej tym przepisem. Jednocześnie, o ile zamawiający przewidział w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwość weryfikacji podwykonawców pod kątem braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stosownie do art. 25a ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca przedkłada także oświadczenie w odniesieniu do podwykonawców wskazanych w ofercie. Art. 25a ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że oświadczenia dołączane do oferty lub do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winny być „aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. Jednocześnie w instytucję wstępnego potwierdzania zdolności wykonawcy wpisane jest założenie, że wstępne oświadczenia zachowywać muszą aktualność przez cały okres trwania postępowania.

Składane przez wykonawcę w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego (lub inny dokument służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp) stanowi potwierdzenie, że dany potencjał został wykonawcy faktycznie udostępniony dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie to stanowi zatem niezbędny punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców oraz środki dowodowe w postaci dokumentów, jeśli wykonawcy powołują się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania tych warunków.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia wykonawcom w określonym zakresie naprawę zaniechań czy błędów popełnionych przy składaniu dokumentów. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty

są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenie wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Regulacja ta określa zasady wzywania do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia i obejmuje zarówno dokumenty dotyczące wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnianie i brak podstaw do wykluczenia, jak też dokumenty wykonawcy wykazującego spełnianie warunków i brak podstaw do wykluczenia przy pomocy podmiotu trzeciego. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie precyzuje, na jaki moment powinny być aktualne uzupełnione dokumenty. Nie ulega jednak wątpliwości, że treść uzupełnionych oświadczeń powinna wskazywać na spełnianie przez wykonawcę (samodzielnie bądź przy udziale podmiotu trzeciego) warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia zgodnie z regułą wyrażoną w art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W odniesieniu zatem do jednolitego dokumentu, oświadczeń „zwykłych”, a także zobowiązań podmiotów trzecich (art. 22a ustawy Pzp), na etapie wstępnego badania potencjału wykonawcy, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w ten sposób, że złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia lub zobowiązania powinny być aktualne na dzień składania ofert lub wniosków. Oznacza to, że okoliczności zawarte w uzupełnianych oświadczeniach lub zobowiązaniach muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków. Takie stanowisko zajął też Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”. Powyższy pogląd pozostaje w zgodzie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zważyć bowiem należy, że możliwość wprowadzenia przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę polegającego na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dysponowałaby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia oferty, niedostępnyymi wykonawcom z drugiej grupy. Stanowisko to pozostaje też w zgodzie z art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie można uznać za skuteczne wykazania spełniania warunków i braku podstaw do wykluczenia przez wykonawcę Symmetry, jako że dokumenty przekazane przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w dniu 26 lipca 2019 r., dotyczące nowego podmiotu trzeciego, w żaden sposób nie wskazywały na spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania

ofert. Dokumenty te nie tylko datowane są na okres późniejszy niż dzień składania ofert, ale przede wszystkim z ich treści nie wynika, że na dzień składania ofert wykonawca Symmetry i nowy podmiot trzeci pozostawali w porozumieniu co do udostępnienia wykonawcy zasobów owego podmiotu trzeciego. Takiego porozumienia nie wykazał wykonawca Symmetry. Przeciwnie, na dzień składania ofert wykonawca ten dysponował potencjałem innego podmiotu trzeciego. Izba stwierdziła zatem, że wykonawca Symmetry nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i z tego powodu podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentacji postępowania we wnioskowanym przez Odwołującego zakresie.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.”, „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.”. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej, aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia poszczególnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością

za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca Symmetry zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą; (ii) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Izba stwierdziła, że wykonawca Symmetry nie sprostął ciężarowi wykazania ww. przesłanek. Lektura uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 25 lipca 2019 r. sporządzonego przez wykonawcę Symmetry prowadzi do wniosku, że znaczna jego część obejmowała przytoczenie poglądów doktryny i orzecznictwa na temat natury pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast nieliczne fragmenty, które miały charakter merytoryczny, pozostały nad wyraz ogólne, lakoniczne, niejasne. Merytoryczny charakter uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się do wskazania, że informacje o nawiązaniu współpracy wykonawcy z podmiotem trzecim, a także wykaz zespołu nie zostały upublicznione i ww. podmioty mają wolę nie ujawniania ich do wiadomości publicznej, a także do stwierdzenia, że informacje te mają dla obu ww. podmiotów istotną wartość gospodarczą. Wykonawca Symmetry podał też, że wolą podmiotu trzeciego jest nieudostępnianie ogółowi informacji o współpracy oraz o składzie personalnym zespołu, co podmiot ten zastrzegł wraz ze składanym udostępnieniem zasobów oraz w korespondencji pomiędzy ww. podmiotami.

Izba stwierdziła, że wykonawca Symmetry nie opisał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, nie wykazał, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie wykonawcy bądź podmiotu trzeciego. Wykonawca Symmetry nie dowiódł również, że podmiot trzeci udostępniający zasoby wyraził wolę zachowania nawiązanej współpracy w tajemnicy, że pomiędzy ww. podmiotami prowadzona była w tym zakresie korespondencja. Wola zastrzeżenia faktu udostępnienia zasobów oraz poszczególnych członków personelu nie wynika też z treści

złożonego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z dnia 22 lipca 2019 r. Podkreślić należy, że ogólne stwierdzenia wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie, bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody, jaką może przynieść ich ujawnienie, jest w ocenie Izby, niewystarczające.

Izba stwierdziła, że wykonawca Symmetry nie sprostował także ciężarowi wykazania, że podjął, jak stanowi art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań skutecznych w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności. W ocenie Izby, metody i sposoby ochrony informacji nie zostały wykazane przez wykonawcę Symmetry w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień. Nie wiadomo, jakie działania podjął wykonawca oraz podmiot trzeci w celu wyeliminowania sytuacji, w których zastrzeżone informacje dotarłyby do wiadomości osób trzecich, za wyjątkiem nie upublicznienia tych informacji do dnia złożenia oświadczenia o woli ich zastrzeżenia. Ogólne i subiektywne stwierdzenia wykonawcy nie mogą zaś zostać uznane za wykazanie spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :